Die Rechte des Bürgen

bei Wandelungs- u. Minderungseinrede des Hauptschuldners

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Victor Chaffak

Referendar in Berlin

1910

Buchdruckerei Schenkalowsky Nachf., Breslau 5

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Meyer.

Dem Andenken meines Vaters!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts. 1902 Tübingen und Leipzig.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 2. Bd. 2. Abt. Halle 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 66.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. Berlin 1889.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. München 1899.

Friedenthal, Einwendung und Einrede. Jena 1898.

Friedenthal, Wandelung und Minderung seitens des Bürgen. J. W. 1908. Seite 132 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des BGB. Berlin 1905.

Nissen, Rechtsstellung des Kaufpreisbürgen bei mit Gewährsmängeln behafteter Kaufsache, in J. W. 1902 S. 461 ff.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl. Berlin 1907.

Staudinger, Kommentar zum BGB. München 1908.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908.

Einleitung.

Begriff und Wesen der Bürgschaft.

§ 1.

Die Begriffsbestimmung der Bürgschaft ergibt § 765 BGB.:

„Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen."

In dieser Begriffsbestimmung werden drei Personen d. h. Rechtssubjekte erwähnt, nämlich

1. Der Bürge;
2. „Der Dritte", der späterhin der „Hauptschuldner" heißt;
3. Der Gläubiger dieses „Dritten", kurzweg der Gläubiger genannt.

Wie stets unter drei Rechtssubjekten ist unter diesen drei Personen die gleiche Anzahl verschiedener Rechtsbeziehungen möglich:

1. Die Rechtsbeziehungen zwischen Bürgen und Hauptschuldner.

Sie sind — ähnlich wie es bei dem Innenverhältnis zwischen dem Aussteller und dem Akzeptanten eines Wechsels für die durch den Wechsel geschaffenen wechselrechtlichen Be-

ziehungen der Fall ist — für das Bürgschaftsverhältnis selbst bedeutungslos; sie finden daher in dessen Begriffsbestimmung keine Erwähnung.

2. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger.

Sie stellen das Bürgschaftsverhältnis selbst dar und werden durch den Bürgschaftsvertrag ins Leben gerufen. Endlich

3. die Rechtsbeziehungen zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger.

Sie bilden das Lebenselement des durch den Bürgschaftsvertrag begründeten Bürgschaftsverhältnisses.

Ohne ein zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger bestehendes Schuldverhältnis — eine „Verbindlichkeit“ des ersteren nach dem Wortlaut des § 765 — ist die Übernahme der Verpflichtung seitens des Bürgen, für die Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit einzustehen, d. i die Begründung der Bürgschaftsverpflichtung undenkbar.

Hieran ändert auch nichts die durch Abs. 2 des genannten Paragraphen gegebene Möglichkeit, auch für eine künftige oder bedingte Verbindlichkeit eine Bürgschaft zu begründen. Denn das Vorhandensein einer Verbindlichkeit an sich wird bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages auch hier vorausgesetzt, wenn auch erst für die Zukunft oder nach Eintritt der Bedingung; sonst wäre der Vertrag sinnlos. Die Verpflichtung des Bürgen aus dem Vertrage vollends wird praktisch wirksam erst in dem Augenblick, in dem die fragliche Verbindlichkeit praktisch wirksam wird.

Ist somit das Rechtsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger Bedingung für die Entstehung der Bürgschaftsverpflichtung, so bildet es auch die Grundlage für deren Umfang.

Die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, für deren Erfüllung einzustehen sich der Bürge verpflichtet, ist wie jedes Schuldverhältnis Wandlungen unterworfen; sie kann an Umfang abnehmen, aber auch zunehmen, auch wenn man hinsichtlich dieses letzteren Punktes von dem speziellen, hier nicht weiter zu verfolgenden Falle absieht, daß der Hauptschuldner durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft seine eigene Verpflichtung erweitert. (§ 767 Satz 3 a. a. O.)

Die ebenmäßige Beschränkung und Ausdehnung der Bürgschaftsverpflichtung folgt an sich aus ihrer Begriffsbestimmung. Sie wird indessen bestätigt durch die Bestimmungen des § 767 a. a. O., nach denen für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist, und in dieser Hinsicht insbesondere eine Veränderung der Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners vorgesehen wird.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß das durch den Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger begründete Rechtsverhältnis in seinem Entstehen und Bestehen durchaus abhängig ist von dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger. Es ist nur ein kurzer, für das logische Rechtsempfinden selbstverständlicher Schritt zu der weiteren Folgerung, daß — allgemein ausgedrückt — für die Durchsetzung der

Bürgschaftsverpflichtung grundsätzlich die gleichen Gesichtspunkte Anwendung finden, wie für die Durchsetzung der ihr zugrunde liegenden Hauptverbindlichkeit. Dieses Verhältnis der Bürgschaftsverpflichtung zur Hauptverpflichtung wird technisch als „accessorisches“ bezeichnet. Der Begriff der Accessorietät sei mit Westerkamp[1]) dahin bestimmt,

> „Daß die accessorische Verbindlichkeit die Kraftfülle, aber auch jeden Schwächegrad einer ihr zugrunde liegenden andern Verbindlichkeit teilt, so daß also auch das Recht gegen den accessorisch Verpflichteten immer zur Voraussetzung hat ein auf Herbeiführung des gleichen Erfolges gerichtetes Recht gegen den andern Verpflichteten.“

Betont Westerkamp hier den Standpunkt des accessorisch Berechtigten gegenüber dem accessorisch Verpflichteten, so behandelt den reziproken Standpunkt, nämlich die Verteidigung des accessorisch Verpflichteten gegen die Inanspruchnahme durch den accessorisch Berechtigten, die Bestimmung des § 768 BGB., die dem Bürgen die Geltendmachung der dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehenden „Einreden“ gewährleistet.

---

[1]) Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt S. 54.

Die Rechte des Bürgen bei Wandelungs- und Minderungs-einrede des Hauptschuldners.

§ 2.

Die vorliegende Abhandlung soll die Rechte des Bürgen bei Wandelungs- und Minderungseinrede des Hauptschuldners feststellen. Es ist oben dargetan worden, wie die Bürgenverpflichtung bei einer Veränderung der Hauptverpflichtung nach Bestand und Umfang einer gleichen Veränderung unterliegt.

Wie die Rechte des Bürgen sich in dem Falle gestalten, daß der Hauptschuldner durch Geltendmachung jener Rechtsbehelfe — so seien die Wandelungs- und Minderungseinrede zunächst ganz allgemein genannt — eine Veränderung der Hauptschuld herbeiführt, kann danach nicht zweifelhaft sein. Fraglich dagegen erscheint es bei dem besonderen Wesen der sogenannten Wandelungs- und Minderungseinrede, das in seiner Eigenart erst im folgenden zutage treten wird, ob und wieweit dieselben der Bestimmung des § 768 unterliegen, d. h. ob der Bürge entsprechend jener Bestimmung auch *sie* selbständig geltend machen, oder ob er etwa auf die Tatsache, daß sie dem Hauptschuldner zustehen, andere Rechte für sich gründen kann.

Lediglich diese Frage hat den Gegenstand der weiteren Erörterungen zu bilden.

Es wird zunächst zu untersuchen sein, was für Waffen das Gesetz dem Bürgen in Gestalt der „Einreden" an die Hand gibt.

§ 3.

Der Begriff der Einrede[1]) ist an sich, wie schon aus dem Wortsinn hervorgeht, ein prozessualer, und tatsächlich wird er auch häufig in der CPO. angewandt, neben ihm der Begriff der „Einwendung".

Auf die Verwandtschaft des Begriffs der Einrede im heutigen Prozeßrecht mit dem der exceptio des römischen Prozesses, — die mitunter irriger Weise identifiziert werden —, oder besser gesagt, auf den Mangel an Verwandtschaft zwischen beiden näher einzugehen, liegt nicht im Rahmen der vorliegenden Abhandlung. Dagegen erscheint es geboten, zum besseren Verständnisse des Begriffs der Einrede im heutigen materiellen Recht an dieser Stelle die Verwendung dieses Begriffs und desjenigen der der Einrede nahestehenden „Einwendung" im formellen Recht in knappen Umrissen zu fixieren.

§ 4.

Einrede und Einwendung im Prozeßrecht sind — und hier stimmt der allgemeine Sprachgebrauch mit dem des

[1]) Vergl. zum Folgenden: Friedenthal, Einwendung und Einrede, Jena 1898.

Gesetzes überein — Abwehrmaßregeln der Partei im Verfahren gegen einen ihr drohenden Nachteil. Es sind indessen nicht Abwehrmaßregeln abstrakter Natur[1]), d. h. solche, die an sich durch ihr bloßes Hervortreten, losgelöst von jedem materiellen Vorbringen, einen prozessualen Erfolg zu zeitigen vermögen, wie der Einspruch, Widerspruch und die mit Devolutiv- und Suspensiv-Effekt ausgestatteten Rechtsmittel der CPO. —, vielmehr sind es Behauptungen, Behauptungen von Tatsachen und Rechten, und von der Wahrheit oder Unwahrheit, von der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit dieser ihren materiellen Inhalt bildenden Tatsachen und Rechte hängt es ab, ob sie einen prozessualen Erfolg hervorbringen oder nicht.

Es sei gleich hier besonderer Nachdruck darauf gelegt, daß Einrede und Einwendung im prozeßrechtlichen Sinne „Behauptungen" darstellen, weil hierin, wie weiter unten näher auszuführen ist, ein Hauptunterschied von den gleichnamigen Begriffen des materiellen Rechts besteht.

Wie unterscheiden sich nun im Prozeßrechte die unter dem Begriffe der Einwendung zusammengefaßten Abwehr- oder „Widerspruchs"-Behauptungen[2]) von den unter dem Begriffe der Einrede verstandenen?

Der Ausdruck Einwendung ist unbestimmter, allgemeiner, er bezeichnet „Bemängelungen jeder Art"[3]). Es ist oben gesagt worden, daß Einrede und Einwendung Abwehr-

[1]) Friedenthal a. a. O. S. 13.

[2]) S. Anm. 1.

[3]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 98.

maßregeln der Partei gegen einen ihr drohenden Nachteil seien. Die Einwendung richtet sich nicht nur gegen Nachteile, die von seiten des Gegners drohen, d. h. aus seinen Anführungen erwachsen können, sondern auch gegen solche, die aus Maßnahmen des Gerichts sich ergeben; man denke an die Einwendungen gegen das Sitzungsprotokoll im Kognitialverfahren und die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der — vom Gerichtsschreiber erteilten — Vollstreckungsklausel in der Zwangsvollstreckung. (§§ 162, 797 CPO.)

Demgegenüber bezieht sich die Einrede „nur auf einen außerhalb der Klagebegründung liegenden Teil des sachlichen Kognitionsstoffes".[1])

Hierdurch ist eine zweifache Einschränkung ihres Begriffs im Vergleich zu dem der Einwendung zum Ausdruck gebracht. Einmal ist damit gesagt, daß die Einrede nur von Partei gegen Partei gerichtet ist — denn der sachliche Kognitionsstoff wird von den Anführungen der Parteien gebildet.

Den Hauptwert für den vorliegenden Untersuchungszweck jedoch enthält die zweite Einschränkung, daß nämlich die Einrede sich auf einen Teil des sachlichen Kognitionsstoffs, d. i. der Parteianführungen bezieht, der a u ß e r h a l b der K l a g b e g r ü n d u n g liegt. Auch die Einwendung konnte Bezug haben auf den sachlichen Kognitionsstoff, sich als Abwehrmaßregel der Partei auch gegen die Anführungen des Gegners richten; aber sie umfaßt a l l e Verteidigungen gegen diese, insbesondere auch ihre unmittelbare Bekämpfung durch

[1]) Fischer a. a. O. S. 98.

Bestreiten — bei der Verteidigung gegen die Klage also auch das Leugnen des Klagegrundes, das Verneinen der dem Klagantrage zugrunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Anführungen des Klägers.

Die Schematisierung der Verteidigungsmöglichkeiten gibt das klarste Bild: Will der Beklagte den ihm mit der Klage angetragenen Kampf aufnehmen, d. h. will er den gegen ihn erhobenen Anspruch nicht schlechtweg anerkennen, auch nicht unter Verzicht auf jede Verteidigung die auf den Klagevortrag sich gründende Kontumazverurteilung über sich ergehen lassen, so kann er nur entweder

a) die Klagbegründung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bemängeln;

oder aber

b) die Klagbegründung mit ihren Folgen an sich gelten lassen, aber seinerseits außerhalb dieser liegende tatsächliche oder rechtliche Beziehungen anführen, die, unbeschadet des — wenigstens äußerlich — zu Recht bestehenden Klaggrundes, gleichwohl die Klagabweisung herbeizuführen geeignet sind.

Er kann in dieser Hinsicht einmal geltend machen, daß das dem klägerischen Begehren zu Grunde liegende Recht wohl äußerlich zur Entstehung gelangt, infolge eines besonderen bei der Entstehung mitwirkenden Umstandes — z. B. der Geschäftsunfähigkeit einer der Parteien eines Vertrages — indessen rechtlich wirkungslos sei: er stützt sich damit auf eine sogenannte rechtshemmende Tatsache.

Er kann ferner anführen, daß jenes Recht wohl entstanden, danach aber — z. B. durch Zahlung — erloschen sei: er beruft sich damit auf eine sogenannte rechtsvernichtende Tatsache.

Er kann endlich vorbringen, daß er auf Grund eines besonderen ihm zustehenden Gegenrechts — z. B. eines Zurückbehaltungsrechtes — befugt sei, dem an sich schlüssigen Klagbegehren die Erfüllung zu versagen.

Beide Arten der Verteidigung zu a und zu b umfaßt der Begriff der prozessualen Einwendung, nur die zweite Art der Begriff der prozessualen Einrede; diese ist also nur ein Unterbegriff der ersteren.

In derselben Art, wie der Beklagte gegenüber dem Klagevortrage des Klägers, kann dieser dem Verteidigungsvorbringen des Beklagten Einwendungen, und speziell, den Einreden entsprechend, Repliken entgegensetzen u. s. f.

Danach sei das Ergebnis des bisher Gesagten dahin zusammengefaßt:

Unter Einwendungen im prozessualen Sinne — soweit sie auf den sachlichen Streitstoff Bezug haben[1]) — versteht man den Inbegriff der Verteidigungsbehauptungen einer Partei, die auf Unschädlichmachung des der Rechtfertigung des gegnerischen Sachantrages dienenden Vorbringens abzielen.

Unter Einreden im prozessualen Sinne versteht man nur diejenigen Verteidigungsbehauptungen einer Partei, die

[1]) Einwendungen, die das Verfahren betreffen, interessieren hier nicht.

unter ausdrücklicher oder stillschweigender Anerkennung der Richtigkeit des den gegnerischen Sachantrag stützenden Vorbringens, diesen aus Gründen zu Fall bringen sollen, die außerhalb jenes Vorbringens liegen, in Sonderheit die Geltendmachung der sogenannten rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen und selbständiger Gegenrechte[1]).

§ 5.

Die derart festgestellten prozessualen Begriffe der Einwendung und Einrede decken sich nun nicht mit den gleichnamigen Begriffen des materiellen Rechts. Auch diese sind freilich Verteidigungsmittel, das besagt schon die Anwendung der Bezeichnungen, aber ihrem Wesen und Inhalt nach von jenen verschieden.

Auf einen wesentlichen Unterschied ist bereits früher hingedeutet worden[2]).

Die CPO. als die Zusammenstellung derjenigen Rechtsnormen, welche die gerichtliche Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche betreffen, ist naturgemäß auf die Form abgestellt, in der diese im Laufe des prozessualen Verfahrens erscheinen. Dies geschieht aber in Gestalt von Behauptungen. Daher sind auch Einwendung und Einrede im Sinne der CPO.

---

[1]) Auf Beweis- und Prozeßeinreden hier näher einzugehen, liegt kein Grund vor, da ja nur die Einreden des Prozeßrechts, die mit denen des materiellen Rechts Berührungspunkte haben, d. h. diejenigen, die das sachliche Verhältnis der Parteien betr., mit den Einreden des materiellen Rechts verwechselt werden können.

[2]) Fischer a. a. O. S. 101; Friedenthal a. a. O. S. 12.

Behauptungen, wobei es für den Begriff an sich unerheblich ist, ob der Inhalt dieser Behauptungen begründet ist oder nicht.

Im Gegensatz hierzu enthält das BGB. als die materielle Rechtsordnung die Zusammenstellung der Tatbestände, denen Rechtswirkungen zukommen, und ist daher nicht auf bloße Behauptungen von rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen, sondern auf deren wirkliches Vorhandensein und deren Wirkungen abgestellt.

Daraus ergibt sich, daß im BGB. unter den Begriffen Einwendung und Einrede nicht, wie in der CPO., nur Behauptungen von Rechtsbeziehungen und Rechtsfolgen, sondern solche selbst zu verstehen sind.

Es ist hier kein Raum dafür, Betrachtungen anzustellen über die Unzweckmäßigkeit der Verwendung der genannten Bezeichnungen für Begriffe, die von gleichnamigen Begriffen eines andern Gesetzes erheblich abweichen. Solche Betrachtungen sind zu rechter Zeit von der Wissenschaft angestellt worden, ohne indessen Berücksichtigung gefunden zu haben.[1])

Wenn man nun von dem bisher festgestellten Unterschiede der Begriffe im formellen und materiellen Rechte ausgeht, so liegt bei den allgemeinen Beziehungen zwischen diesen beiden Rechtsgebieten der Gedanke nahe, daß die Einwendung und Einrede des Prozeßrechts nur das prozessuale Gewand für den jedesmal entsprechenden Begriff des

---

[1]) Fischer a. a. O. S. 102.

materiellen Rechts darstelle, daß die Begriffe also inhaltlich kongruent seien, m. a. W., daß die Einwendung und die Einrede des BGB. im Prozesse zur Einwendung bezw. Einrede in dem oben erörterten prozessualen Sinne werde.

Tatsächlich ist dies auch hinsichtlich der Einwendung zuzugestehen.

Die prozessuale Einwendung umfaßte — s. S. 10 — alle Behauptungen, die auf die Unschädlichmachung der gegnerischen Behauptungen abzielen, einschließlich der weiterhin bestimmten unter dem Begriff der prozessualen Einrede zusammengefaßten Behauptungen. Dementsprechend müßte, wenn der obige Grundsatz besteht, die materielle Einwendung alle diejenigen wirklichen Tatbestände umfassen, die ein anderes Recht in seinem Entstehen oder Bestehen beeinflussen. Dies trifft auch wirklich nach dem Sprachgebrauche des BGB. zu, so daß gesagt werden kann: „Die Einwendung im BGB. ist als ganz allgemeine Bezeichnung für Mängel der Berechtigung anzusehen".[1])

Anders verhält es sich aber mit der Einrede des BGB.

Die prozessuale Einrede bezeichnete — s. S. 10 — diejenigen Verteidigungsbehauptungen des Beklagten gegen das klägerische Vorbringen, die auf irgendwelchen außerhalb des Klaggrundes liegenden Umständen fußten, insbesondere gehörte hierher die Behauptung rechtshemmender und rechtsvernichtender Tatsachen, sowie einer besonderen Berechtigung,

[1]) Fischer a. a. O. S. 101.

trotz Schlüssigkeit des Klagbegehrens dessen Erfüllung zu verweigern.

Danach müßte im Sinne des oben ausgesprochenen Gedankens die materielle Einrede außer der zuletzt genannten Berechtigung auch die die Entstehung eines Rechts hemmenden, und die sein Erlöschen bewirkenden Tatbestände mit umfassen.

In Wirklichkeit aber finden die rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen als solche im materiellen Recht überhaupt keine Berücksichtigung, und zwar aus naheliegenden Gründen.

Wo sie tatsächlich vorliegen — und für das materielle Recht kommt, wie mehrfach betont, stets nur tatsächliches Vorliegen in Frage —, ist das betreffende Recht nicht vorhanden; es wäre daher durch nichts gerechtfertigt, ihnen durch Einreihung in den, der ganz allgemeinen Einwendung gegenüber spezielleren Begriff der Einrede den Charakter eines besonderen Verteidigungsmittels zu verleihen. Vielmehr gehören sie im materiellen Recht zu den „Mängeln einer Berechtigung" (s. o.) schlechthin, d. h. zu den Einwendungen im allgemeinen.

Der Begriff der materiellen Einrede kann somit nicht ohne weiteres aus dem der Einrede des Prozeßrechts hergeleitet werden.

Das Gesetz selbst gibt auch keine Bestimmung ihres Begriffs. Dagegen sind nach den Motiven, die auch die Beibehaltung des Begriffs an sich zu rechtfertigen suchen,[1])

---

[1]) Bd. 1, S. 359.

unter Einreden im materiellen Sinne solche Umstände zu verstehen, „welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines Anspruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht", unter ausdrücklicher Ausschließung der oben behandelten rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen.

Eine solche Begriffsbestimmung der Motive ist naturgemäß für das Gesetz selbst nur dann bindend, wenn sie in ihm unzweifelhaft Ausdruck gefunden hat Das ist ihr aber im vorliegenden Falle zuzugestehen.

Alle die Tatbestände, denen das Gesetz ausdrücklich die Bezeichnung „Einrede" beilegt — sie sind im § 202 aufgeführt —, haben das Eine gemeinsam, daß dem zu einer Leistung Verpflichteten, obgleich die Verpflichtung an sich nach Entstehung und Bestehen außer Frage steht, auf Grund eines ganz bestimmten Umstandes die Befugnis gegeben wird, gleichwohl seine Leistung zu verweigern

Dieses allen gemeinsame Tatbestandsmerkmal muß die im Gesetze fehlende Begriffsbestimmung ersetzen und führt zu dem Ergebnis, daß das BGB. unter seiner Einrede „das Recht, eine an sich geschuldete Leistung zu verweigern"[1]), verstanden wissen will.

Damit ist aber auch die Bedeutung der im § 768 BGB. gegebenen Bestimmung gewonnen, von der oben bei der Erörterung des Einredebegriffs ausgegangen wurde; sie ist dahin festzustellen:

---

[1]) Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202.

Gibt das Gesetz dem Hauptschuldner in seinem Verhältnis zum Gläubiger ein Recht, die von ihm wirklich geschuldete — d. h. die der Bürgschaftsverpflichtung zugrunde liegende — Leistung zu verweigern, so kann auf Grund dieses Rechts auch der Bürge in seinem Verhältnis zum Gläubiger die von ihm geschuldete — d. h. die den Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung darstellende — Leistung in gleicher Weise verweigern.

---

§ 6.

Nach den bisherigen Feststellungen dürfte nunmehr die Klärung des Begriffs der „Wandelungs- und Minderungseinrede" vorzunehmen sein.

Gemäß § 462 BGB. kann der Käufer einer Sache wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den der genannten Bestimmung voraufgegangenen gesetzlichen Vorschriften zu vertreten hat, Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

Nach § 465 a. a. O. ist die Wandelung oder Minderung vollzogen, wenn sich der Verkäufer mit ihr einverstanden erklärt.

Danach besteht die Wandelung in der Rückgängigmachung, die Minderung in einer Modifizierung des Kaufvertrages durch einen diesen aufhebenden neuen Vertrag unter den Parteien; das Recht des Käufers bezüglich der

Wandelung und Minderung aber stellt sich als ein „Anspruch" desselben im Sinne des BGB. (§ 194) dar, nämlich als das Recht, von dem Verkäufer ein Tun, die Erklärung seines Einverständnisses mit dem auf Rückgängigmachung des Kaufes oder Herabsetzung des Kaufpreises gerichteten Begehren des Käufers und seine Mitwirkung zu dieser Rückgängigmachung oder Herabsetzung zu verlangen.[1])

Dieser Anspruch findet zunächst außerhalb des Prozesses seine Befriedigung in der gewöhnlichen und natürlichen Art, daß der Verkäufer das seinen Inhalt bildende Verlangen erfüllt, d. h. sich freiwillig damit einverstanden erklärt, daß gewandelt oder gemindert werde, und hierzu auch, soweit notwendig, mitwirkt.

Im Prozesse dagegen tritt er naturgemäß in erster Reihe als Klaggrund auf: Der Käufer sucht bei Weigerung des Verkäufers, in die Rückgängigmachung oder Modifizierung des Kaufes zu willigen und bei der ersteren mitzuwirken, seine Verurteilung hierzu herbeizuführen. Auch kann sich dementsprechend auf den Anspruch des Käufers eine von ihm erhobene Widerklage gründen, die gegen die vom Verkäufer auf Erfüllung der Verpflichtungen des Käufers aus dem Kaufvertrage angestrengte Klage gerichtet ist.

Der Käufer wird indessen in dem letztgenannten Fall häufig nicht so weit gehen, daß er Widerklage erhebt, sondern sich vielmehr damit begnügen, seinen Anspruch in das Gewand

---

[1]) Auf den Streit über die Tragweite des Anspruchs aus § 462 braucht hier nicht eingegangen zu werden. Vgl. hierzu Staudinger Bd. 2,1 S. 520, Bem. 4 zu § 462.

einer Einrede in prozessualem Sinne einzukleiden: Vom Verkäufer auf Erfüllung seiner Pflichten aus dem Kaufvertrage, insbesondere auf Zahlung des Kaufpreises beklagt, wird er unter Anerkennung des Zurechtbestehens des Kaufvertrages und seiner Folgen, d. h. ohne den Klaggrund an sich zu bestreiten, seine Berechtigung, Wandelung oder Minderung zu verlangen, geltend machen; diese Berechtigung, die außerhalb des Klaggrundes liegt, ist gleichwohl geeignet, zur Abweisung der Klage zu führen, indem sie seine tatsächlich entstandenen und noch fortbestehenden Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage mit diesem selbst zum Erlöschen bringt, und somit eine rechtsvernichtende Tatsache in dem weiter oben besprochenen Sinne darstellt.

Kann die bisher erörterte Berechtigung des Käufers bezüglich der Wandelung und Minderung demnach in Gestalt einer Einrede im prozessualen Sinne erscheinen, so kann sie doch nie eine Einrede im materiellen Sinne, ein Leistungsverweigerungsrecht des BGB. darstellen. Es ist dies deswegen begrifflich ausgeschlossen, weil bei einem solchen, wie bei der Feststellung seines Begriffes klargelegt worden ist, die Verpflichtung, dergegenüber es wirksam werden soll, an sich ja tatsächlich besteht und fortbestehen soll, wohingegen der bisher behandelte Anspruch des Käufers auf Wandelung oder Minderung gerade darauf abzielt, die Verpflichtung, dergegenüber er zur Geltung kommt, in ihrer Wurzel zu vernichten, indem er auf die Aufhebung des ihren Ursprung bildenden Kaufvertrages hinstrebt.

Von einer Wandelungs- und Minderungseinrede im

materiellen Sinne kann also nach der bislang behandelten Richtung hin keine Rede sein.

§ 7.

Wie jeder andere Anspruch (§ 194 BGB.) unterliegt auch der Anspruch des Käufers auf Wandelung oder Minderung der Verjährung, deren Frist nach § 477 a. a. O. bei beweglichen Sachen 6 Monate — von der Ablieferung an —, bei Grundstücken 1 Jahr — von der Übergabe an — beträgt.

Nach Ablauf dieser Frist kann also Rückgängigmachung des Kaufes oder Herabsetzung des Kaufpreises nicht mehr verlangt werden, d. h. der Kaufvertrag mit allen seinen Wirkungen ist von nun an in dieser Beziehung nicht mehr anzugreifen.

Gleichwohl kann gemäß § 478 BGB. der Käufer auch nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde, sofern er vor Eintritt der Verjährung den in Betracht kommenden Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt, oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat, oder aber, wenn dem Verkäufer arglistiges Verschweigen des Mangels zur Last fällt.

Durch diese Bestimmung ist dem Käufer bei Innehaltung der vorstehend aufgezählten Voraussetzungen ein wirkliches

Leistungsverweigerungsrecht, eine Einrede im Sinne des BGB. gegeben.

Der Kaufvertrag, der Ursprung der Verpflichtung des Käufers, aus der er vom Verkäufer in Anspruch genommen wird, und damit diese selbst, ist nunmehr, wie bereits oben betont, jedem Angriff aus Wandelungs- und Minderungsrechten entzogen; und doch wird, gegenüber der unantastbaren Verpflichtung, durch positive gesetzliche Bestimmung dem Käufer das Recht gegeben, die wirklich geschuldete Leistung insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde.

Hier, und nur hier kann von einer Wandelungs- und Minderungseinrede gesprochen werden, die wirklich eine Einrede im Sinne des BGB. ist, nicht aber im Falle der zuerst erörterten Berechtigung des Käufers aus § 462 BGB., die sich als Anspruch darstellt und, wie oben klargelegt, wohl im Prozesse als Einrede im Sinne des Prozeßrechts erscheinen, nie aber im materiellen Sinne als Einrede aufgefaßt werden kann.

Wenn damit auch im gewissen Sinne einem späteren Teile der Abhandlung vorgegriffen wird, so dürfte gleichwohl in diesem Zusammenhange der geeignete Ort sein, einer Ansicht entgegenzutreten, die dazu angetan ist, eine verhängnisvolle Verwirrung in die bisher gewonnene Klarheit der Beziehungen zu tragen. Sie wird unter anderem auch von Friedenthal[1]) vertreten, der im übrigen mit bemerkenswerter

[1]) Friedenthal, Wandelung und Minderung seitens des Bürgen. Jur. Wochenschr. 1908, S. 132 ff.

Schärfe die hier in Rede stehenden Begriffe in ihrer Bedeutung für die vorliegende Frage dargelegt hat, und dessen Untersuchungen im allgemeinen für diese Abhandlung grundlegend gewesen sind.

Friedenthal wendet sich auch entschieden gegen die Auffassung, daß dem Käufer aus § 462 BGB., d. h. mit seinem Anspruch auf Wandelung und Minderung eine materiellrechtliche Einrede gegeben sei. Er will indessen eine solche auch für die Zeit vor Eintritt der Verjährung des Wandelungs- und Minderungsanspruches aus § 478 a. a. O. herleiten. Er stützt sich hierbei auf den Wortlaut der genannten Bestimmung, in der es heißt: „Der Käufer kann auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern u. s. f.“, indem er aus dem „auch“ schließt, daß das hier gegebene Leistungsverweigerungsrecht eben eines sei, das schon vorher, d. h. vor Vollendung der Verjährung bestanden habe. Hierin kann ihm jedoch nicht gefolgt werden.

Einmal erklärt sich das Wort „auch“ in dem Zusammenhange „auch nach der Vollendung der Verjährung“ nach richtigem Sprachgefühle viel natürlicher als der Ersatz für einen mit „auch wenn = selbst wenn“ eingeleiteten konzessiven Nebensatz, durch den die besondere Vergünstigung, die durch die fragliche Bestimmung gewährt wird, im Gegensatz zu der sonst völlig ausschließenden Wirkung der Verjährung zum klareren Ausdruck kommen soll. —

Für diese Erklärung spricht ferner die geschichtliche Entstehung der ganzen Bestimmung, die im Entwurfe des

BGB. noch nicht enthalten war, und die gerade im Gegensatze zu dem vor Vollendung der Verjährung dem Käufer zustehenden Anspruch auf Wandelung oder Minderung ihm als Ersatz dafür eine Berechtigung geringeren Umfanges geben sollte.[1])

Die Anwendung des Irrealis im Nebensatze „als er ..... berechtigt sein würde", besagt gleichfalls, daß das Gesetz die von ihm gegebene Berechtigung auf eine Zeit beschränkt, in der der Käufer tatsächlich nicht mehr zur Geltendmachung der Wandelung oder Minderung berechtigt ist, d. h. auf die Zeit nach der Vollendung der Verjährung.

Es kommt hinzu, daß — wie auch Friedenthal nicht verkennt — eine solche aus § 478 hergeleitete Einrede für die Zeit vor Vollendung der Verjährung neben dem zu dieser Zeit bestehenden Anspruche für den Käufer offenbar wertlos wäre und praktisch eigentlich nur, wie weiter unten auszuführen ist, für den Bürgen Bedeutung hätte.

Es muß in dieser Hinsicht aber noch weiter gegangen werden. Eine neben dem Anspruch des Käufers auf Wandelung oder Minderung diesem zustehende Einrede dieser Art wäre nicht nur überflüssig, sondern auch ein Widerspruch in sich selbst. Die Einrede bezeichnet, wie oben dargetan, das Recht, eine wirklich bestehende Leistung zu verweigern. Solange es aber dem Käufer möglich ist, — natürlich immer nur unter der Voraussetzung, daß er von den ihm zustehenden Rechten Gebrauch macht —, durch Ausübung seines

---

[1]) Staudinger a. a. O. Bd. 2, 1 S. 560.

Anspruchsrechtes auf Wandelung oder Minderung seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage tatsächlich zum Untergang zu bringen, so lange können diese Verpflichtungen nicht als wirklich bestehend in dem vorher erörterten Sinne angesehen werden; damit ist aber für die gleichzeitige Ausübung eines *Einrederechts* im Sinne des BGB. kein Raum mehr vorhanden.

Die Vermutung liegt nahe, daß sich *Friedenthal*, von dem Wunsche beseelt, zu einem „befriedigenden Ergebnisse" seiner Untersuchungen bezüglich der Bürgschaft zu gelangen, dazu verleiten ließ, dem Wortlaute des Gesetzes Gewalt anzutun.

Nach all den angeführten Gründen erscheint vielmehr die Annahme eines Leistungsverweigerungsrechtes aus § 478, einer wirklichen Wandelungs- und Minderungs*einrede* im Sinne des BGB., für die Zeit *vor* Vollendung der Verjährung des Wandelungs- und Minderungs*anspruchs*, also *neben* diesem, durchaus verfehlt.

Eine kurze Zusammenfassung der bisherigen Betrachtungen liefert danach folgendes

Ergebnis:

Die Rechte des Käufers hinsichtlich der „Wandelung" und „Minderung" bestehen zunächst in dem ihm durch § 462 BGB. gegebenen *Anspruche* gegen den Verkäufer auf Einwilligung in die Rückgängigmachung des Kaufes und Herabsetzung des Kaufpreises, sowie auf die Herbeiführung des entsprechenden Erfolges.

Dieser Anspruch stellt außerhalb des Prozesses lediglich ein gewöhnliches Forderungsrecht dar.

Im Prozeß erscheint er in erster Linie als Klaggrund einer gegen den Verkäufer gerichteten Klage oder Widerklage; er kann allerdings auch in die Form einer Einrede im prozessualen Sinne gekleidet werden, nie aber bildet er eine Einrede im materiellen Sinne. Eine solche ist dem Käufer auch nicht neben dem Anspruch auf Wandelung oder Minderung etwa aus § 478 a. a. O. gegeben.

Vielmehr erwächst ihm eine wirkliche materiellrechtliche Einrede aus dieser Bestimmung unter den darin genannten Voraussetzungen erst mit dem Augenblick, in dem der ihm zunächst zustehende Anspruch erlischt, d. h. wenn die diesem gesetzte Verjährung vollendet ist.

Die durch § 478 gewährte Berechtigung kann allein als Wandelungs- und Minderungseinrede im Sinne des BGB. als wirkliches Leistungsverweigerungsrecht angesehen werden.

---

§ 8.

Es bleibt nunmehr, nachdem im Vorangegangenen Klarheit über die in Betracht kommenden Begriffe geschaffen worden ist, noch übrig, auf dieser Grundlage die eigene Ansicht über die zur Behandlung gestellte Frage aufzubauen, und zwar im Anschluß an die Würdigung der bisher dazu geäußerten Ansichten.

Ein Teil der Literatur und die Praxis krankt, soweit sie zu unserer Frage Stellung nimmt, an der Verkennung eines grundlegenden Begriffs, die naturgemäß unrichtige Schlußfolgerungen und Resultate zeitigt. Sie gehen nämlich von der, offenbar für selbstverständlich gehaltenen Annahme aus, daß dem Käufer aus § 462 BGB. nicht nur ein Anspruch auf Wandelung und Minderung zustehe, sondern auch eine Einrede im Sinne des BGB., daß diese „Wandelungs- und Minderungseinrede" nach § 768 BGB. auf den Kaufpreisbürgen übergehe, und es nur fraglich sein könne, ob die „Einrede" nicht wegen der einschneidenden Wirkung, die sie nach sich zieht, in ihrer Anwendung durch den Bürgen gewissen Beschränkungen unterliegen müsse.

Es wird die oben erörterte Möglichkeit, daß der Käufer, wenn er vom Verkäufer aus dem Kaufvertrage, insbesondere auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch genommen wird, den ihm aus § 462 zustehenden Anspruch auf Wandelung oder Minderung im Prozesse als Einrede geltend macht und die Zahlung des Kaufpreises ablehnt, als eine Einrede im Sinne des BGB., als wirkliches Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einer tatsächlich bestehenden Verpflichtung angesehen, eine Auffassung, die mit dem wirklichen Begriffe der materiellen Einrede, wie oben immer wieder betont ist, nicht in Einklang gebracht werden kann.

Es wird vollkommen übersehen, daß keineswegs in jedem Fall, in dem der Schuldner die von ihm verlangte Leistung zu erfüllen berechtigterweise ablehnt, eine materiellrechtliche Einrede vorzuliegen braucht, daß er vielmehr

auch z. B. im Falle der Nichtigkeit oder der Anfechtung seiner Verpflichtung naturgemäß die von ihm geforderte Leistung mit Recht verweigert, ohne daß hier ein Leistungsverweigerungsrecht im technischen Sinne in Frage kommt.

In allen diesen Fällen stellt die tatsächliche Leistungsverweigerung die Wirkung der Aufhebung der der Leistung zu Grunde liegenden Verpflichtung dar, sie ist aber nicht die Folge eines Rechtes, das gegenüber der bei Kräften bleibenden Verpflichtung besteht. Nur ein solches Recht aber kann als Einrede im Sinne des BGB. bezeichnet werden, und nur eine solche überträgt sich nach § 768 auch auf den Bürgen.

Es muß allerdings zugestanden werden, daß das Wandelungs- und Minderungsrecht aus § 462 die Verpflichtung des Käufers nicht so unmittelbar zum Erlöschen bringt, wie etwa die Anfechtung; denn bei dieser erlischt sie bereits mit der Erklärung der Anfechtung, während die Aufhebung des Kaufvertrages durch Wandelung oder Minderung erst mit der Einverständniserklärung des andern Teils oder mit der Rechtskraft des Urteils bewirkt ist. Das Gemeinsame und für die vorliegende Frage Wesentliche besteht aber bei beiden darin, daß sie sich überhaupt gegen den Bestand der Verpflichtung richten, daß sie in diesem Sinne „Anspruchsvernichtungsrechte" darstellen.[1])

Damit aber ist für das Wandelungs- und Minderungsrecht der Charakter als Einrede im materiellen Sinne aus-

[1]) Friedenthal, Einwendung und Einrede S. 62.

geschlossen, und seine Übertragung auf den Kaufpreisbürgen aus § 768 durch nichts gerechtfertigt.

§ 9.

Es sei nunmehr auf die einzelnen Aeußerungen der Literatur zu unserer Frage im Näheren eingegangen, und zwar zunächst auf den Standpunkt des Reichsgerichts, das in der Entscheidung vom 28. September 1907 [1]) dazu Stellung genommen hat.

Aus den Gründen dieser Entscheidung geht recht deutlich hervor, wie wenig Klarheit über den Begriff der Einrede herrscht, wie willkürlich infolgedessen damit umgegangen wird, und welche Verwirrung wiederum dadurch entstehen kann.

Es handelt sich hier — unter Weglassung einiger für die Sache selbst unerheblichen Verschiebungen — kurz darum, daß der auf Zahlung des Kaufpreises klageweise in Anspruch genommene Kaufpreisbürge der Klage gegenüber geltend macht:

1. Wandelung des Kaufes;
2. Minderung des Kaufpreises;
3. Nichterfüllung des Kaufvertrages seitens des Verkäufers;
4. Vorliegen arglistiger Täuschung auf Seiten des Letzteren gegenüber dem Käufer, d. h. dem Hauptschuldner.

Von alledem stellt lediglich der Punkt zu 3 eine materiellrechtliche Einrede dar, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die Geltendmachung des aus §§ 320 ff. BGB.

---

[1]) Entscheidung d. RG. Bd. 66, S. 332 ff.

gegebenen Rechts, die aus einem gegenseitigen Vertrage rechtswirksam geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern.

Von der Behauptung arglistiger Täuschung auf Seiten des Verkäufers nimmt das RG. mit Recht an, daß sie einmal als Anfechtung des in Rede stehenden Kaufvertrages, andererseits aber auch als Erklärung dafür aufgefaßt werden muß, daß mit einer aus § 823 BGB. in Höhe der Klageforderung entstandenen Schadensersatzforderung gegen die Klagforderung aufgerechnet werde.

Niemals aber kann Anfechtung oder Aufrechnung als Einrede im Sinne des BGB. aufgefaßt werden! Die erstere bewirkt Nichtigkeit des der Verpflichtung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts, die zweite aber läßt die Verpflichtung ipso iure in dem Augenblick erlöschen, in dem sie der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung aufrechenbar gegenüberstand. Beide also richten sich vernichtend gegen den Bestand der Verpflichtung selbst und können somit nie ein Recht darstellen, die an sich geschuldete Leistung zu verweigern! Sie sind vielmehr typische Beispiele dafür, wie eine Einrede des BGB. nicht beschaffen ist.

Bezüglich der vom beklagten Bürgen geltendgemachten Wandelung und Minderung — Punkt 1 und 2 — endlich geht aus der Darstellung nicht hervor, daß er sie etwa als das Leistungsverweigerungsrecht des Käufers aus § 478 BGB. unter einer der dort gegebenen Voraussetzungen begründet, vielmehr ist vorher erwähnt, daß der Käufer selbst bereits früher seinen Wandelungsanspruch gegen den Ver-

käufer klageweise geltend gemacht hat und seine Klage abgewiesen worden ist. Auch ist später darauf Bezug genommen, daß dieses abweisende Urteil — da es nur unter den damaligen Parteien res iudicata schafft — der gegenwärtigen Geltendmachung der Wandelung und Minderung seitens des Bürgen nicht entgegensteht.

Daraus geht hervor, daß das RG. seinen Erwägungen bewußtermaßen die Annahme zugrunde legt, der Bürge mache im vorliegenden Falle die Rechte des Käufers aus § 462, d. h. aus dem Anspruche auf Wandelung und Minderung geltend. Es führt nun in seiner Begründung aus, man müsse bei der Beurteilung von § 768 BGB. ausgehen, wonach dem Bürgen im allgemeinen alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden ohne Rücksicht auf Verzicht des Hauptschuldners und auf dessen Unterliegen in einem Vorprozesse gewährt seien.

„Dergleichen Einreden" habe der beklagte Bürge nunmehr folgende erhoben:

1. Die Wandelungseinrede;
2. Die Minderungseinrede;
3. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages;
4. Die „allgemeine Betrugseinrede".

Schon aus der Nebeneinanderstellung der Einrede des nichterfüllten Vertrages, — die, wie oben dargelegt, wirklich eine materiellrechtliche Einrede ist, — und der „allgemeinen Betrugseinrede", — die, wie gleichfalls oben erörtert, als Anfechtung oder Aufrechnung angesehen, als solche aber nie

eine Einrede im Sinne des BGB. genannt werden kann —, als völlig gleichwertiger Begriffe, erhellt die Unklarheit über das wirkliche Wesen des Einredebegriffs!

Es kann unter diesen Umständen nicht wundernehmen, wenn ohne weitere Begründung als etwas Selbstverständliches aus dem im § 462 dem Käufer gegebenen Anspruch auf Wandelung und Minderung auch eine Wandelungs- und Minderungseinrede hergeleitet wird, offenbar infolge einer Verwechselung mit der früher behandelten Möglichkeit, daß jener Anspruch im Prozesse die Gestalt einer Einrede, aber naturgemäß nur im Sinne des Prozeßrechts annehmen kann, und wenn diese Einrede unter die im § 768 BGB. verstandenen, die materiellrechtlichen eingereiht wird.

Soweit nun dem Hauptschuldner eine wirkliche, materiellrechtliche Einrede zusteht, — darauf muß gleich an dieser Stelle im Hinblick auf spätere Schlußfolgerungen mit Entschiedenheit hingewiesen werden —, soweit hat auch der Bürge das Recht, sie geltend zu machen, es sei denn, daß das Gesetz eine Ausnahme vorsieht, was es, beiläufig bemerkt, in § 768 Abs. 1 Satz 2 hinsichtlich der Einrede des Erben, daß seine Haftung beschränkt sei, tut. Diese grundsätzlich uneingeschränkte Berechtigung des Bürgen ist auch, wie erwähnt, für das RG. der Ausgangspunkt seiner Erwägungen, und es führt mit Recht weiterhin aus, daß auch der Wille des Gesetzgebers, der etwa auf Abweichungen von diesem Grundsatze gerichtet war, nur insoweit Berücksichtigung finden kann, als er im Gesetze zum Ausdruck gelangt ist.

Folgerichtig müßte danach das vom RG. als Einrede konstruierte Wandelungs- und Minderungsrecht des Käufers auch dem Kaufpreisbürgen unbeschränkt zustehen, da eine Ausnahme hierfür im Gesetze jedenfalls ausdrücklich nicht vorgesehen ist. Gleichwohl will das RG., während es „seine" Minderungseinrede dem Bürgen einräumt, ihm die — von ihm sogenannte — Wandelungseinrede versagen. Es begründet dies damit, daß nach den Motiven[1]) der Bürge nicht befugt sein solle, Willensakte an Stelle des Hauptschuldners vorzunehmen und solche Verfügungen über den Inhalt der Schuld zu treffen, die von einer einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen, wie Wahl, Rücktritt vom Vertrage, Wandelung und Minderung —, und daß dieser Wille der Motive bezüglich der der „Wandelungseinrede" nahe verwandten „Anfechtungseinrede" im § 770 BGB. Ausdruck gefunden habe. Mit dieser Begründung begibt sich das RG. — nächst der oben gekennzeichneten Konstruktion des Wandelungs- und Minderungsrechts als Einrede — auf einen weiteren Irrpfad. Wie es bei seinem allumfassenden Begriffe der „Einrede" nahe liegt, konstruiert es die Bestimmung des § 770 als Ausnahme von § 768. Es übersieht vollkommen, daß die im § 770 genannte Anfechtung gar keine Einrede ist, und daß sie deshalb gar nicht von der Bestimmung des § 768 ausgenommen zu werden braucht und ausgenommen werden kann, weil sie durch diese Bestimmung ja gar nicht gegeben ist. Die An-

[1]) Bd. II S. 663.

fechtung findet vielmehr im § 770 ohne jede innere Beziehung zu dem Inhalt des § 768 ganz selbständig insofern Erwähnung, als der Bürge, wenn für den Hauptschuldner die Möglichkeit der Anfechtung besteht, eine ihm besonders gegebene Einrede auf diese Tatsache gründen kann. Dasselbe ist nach § 770 Abs. 2 der Fall, wenn der Gläubiger in der Lage ist, sich durch Aufrechnung mit einer Forderung des Hauptschuldners zu befriedigen.

Es ist in diesen Fällen, in denen ein die Verpflichtung des Hauptschuldners zum Erlöschen bringender Umstand vorliegt, dem Bürgen durch positive, gesetzliche Bestimmung ein Recht, seine Leistung zeitweise zu verweigern, d. h. ein besonderes — materiellrechtliches — Einrederecht gegeben.

Mit den aus § 768 ihm zustehenden Einreden hat dieses nichts zu tun, denn diese sind ursprünglich Einreden des Hauptschuldners, die auf den Bürgen übergehen. Die Einreden aus § 770 aber sind in seiner Person originär entstandene Rechte, die sich kraft positiver Bestimmung auf „Anspruchsvernichtungsrechte" — so seien sie mit Friedenthal[1]) genannt — des Hauptschuldners gründen.

Wenn nun schon das RG. den ersten Fehler begeht — so müssen wir es von unserm Standpunkte aus bezeichnen —, den Wandelungs- und Minderungsanspruch als Einrede zu konstruieren, so muß der weitere Schritt, die so gewonnene Einrede, deren Übertragung auf den Hauptschuldner aus

---

[1]) Einwendung und Einrede S. 62.

§ 768 BGB. folgerichtig wäre, den Einreden aus § 770 a. a. O. gleichzustellen, als völlig abwegig bezeichnet werden.

Und doch schimmert hier das Gefühl für den wirklichen Zusammenhang der Dinge hervor.

§ 10.

Der Wandelungs- und Minderungsanspruch ist, was auch das RG. nicht verkennt, den in § 770 genannten Anspruchsvernichtungsrechten nahe verwandt. Auch er bringt, wenn auch auf anderem Wege wie jene — weil er ein Anspruch ist, jene aber einseitige Willenserklärungen sind — die Verpflichtung des Hauptschuldners zum Untergang. Auch er ist ein Willensakt, der nach rechtlichem Gefühl nur dem Hauptschuldner gegeben, dem Bürgen aber als solcher versagt sein müßte, gleichwohl aber — wenigstens der Minderungsanspruch — geeignet wäre, als Grundlage für eine ihm zu gewährende Einrede nach Art der durch § 770 gegebenen zu dienen.

Deshalb hätte seiner, wenn er überhaupt im Bürgschaftsrechte Berücksichtigung finden sollte, in derselben Art und an derselben Stelle Erwähnung getan werden müssen, wie es bei der Anfechtung und Aufrechnung geschehen ist. Da dies aber nicht geschehen, er im Bürgschaftsrecht überhaupt nicht genannt ist, so kann er als solcher gar keine Berücksichtigung finden, ebenso wie das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners für den Bürgen bedeutungslos wäre, wenn die Bestimmung des § 770 dem Gesetze nicht eingefügt worden wäre.

Es bedarf nach dem Vorangegangenen keiner weiteren Ausführung mehr, daß aus § 768 allein hinsichtlich der Anfechtung für den Bürgen gar keine Rechte herzuleiten sind; ebenso kann dies aber auch nicht hinsichtlich des Wandelungs- und Minderungsanspruches aus § 462 BGB. geschehen, da er ebensowenig wie jene unter den Begriff der dort genannten Einreden fallen kann. Da für ihn aber auch nicht, wie es bei der Anfechtung der Fall ist, eine besondere gesetzliche Bestimmung gegeben ist, die ihn als Grundlage einer originären Berechtigung des Bürgen erscheinen ließe, so ist seine Existenz für das Bürgschaftsverhältnis überhaupt ohne Bedeutung; denn weder auf die eine, noch auf die andere Weise kann der Bürge aus ihr ein Recht für sich herleiten.

Anders freilich verhält es sich, wenn nach der Verjährung des Wandelungs- und Minderungsanspruchs aus § 462 die wirkliche Wandelungs- und Minderungseinrede aus § 478 erwächst; doch soll hierauf erst später, bei der Behandlung der übrigen Literatur, die eine dem Standpunkte des Reichsgerichts ähnliche Ansicht vertritt, eingegangen werden.

Dieses selbst beruft sich in der bisher besprochenen Entscheidung auf die Ausführungen Dernburgs[1]), Nissens[2]) und Cromes[3]).

---

[1]) Dernburg, Bürg. Recht II 2, S. 350 zu IV.

[2]) Nissen, Jur. Wchschr. 1902 S. 461ff

[3]) Crome, System d. Bürg. R. II. 2, S. 878.

§ 11.

Dernburg, der die vorliegende Frage übrigens nur flüchtig berührt, bespricht das Wandelungs- und Minderungsrecht des Käufers nur in seiner Gestalt als Anspruch aus § 462 und vermeidet jedenfalls den Fehler, daraus eine falsche Einrede zu konstruieren, wie es das RG. tut; andrerseits läßt er die tatsächliche Einrede aus § 478 ganz unberücksichtigt.

Er geht davon aus, daß dem Bürgen ein Rücktrittsrecht, „insbesondere also auch das Recht, Wandelung zu beanspruchen" — kürzer und richtiger ausgedrückt, der Anspruch auf Wandelung — nicht zustehe. Die Richtigkeit dieser Auffassung bedarf nach dem Vorangegangenen keiner Begründung mehr.

Im Gegensatz hierzu fährt er jedoch fort: „Hat aber der Hauptschuldner Anspruch auf Preisminderung, so wird der Bürge hierauf eine Einrede gründen können, damit greift er in die Rechte des Hauptschuldners nicht ein."

Dernburg will also, obgleich im Gesetze der Minderungsanspruch des Käufers als Grundlage für eine Berechtigung des Kaufpreisbürgen nicht erwähnt ist, diesem gleichwohl — offenbar in Analogie zur Anfechtung im § 770 — eine entsprechende Einrede gewähren! Daß diese Ansicht, die de lege ferenda geäußert, wohl etwas für sich hätte, in Anbetracht des Fehlens jeder Begründung in dem nun einmal bestehenden Gesetze aber als eine lediglich ex aequo et bono getroffene Entscheidung für eine wissen-

schaftliche Untersuchung unserer Frage wertlos ist, liegt nach den weiter oben gemachten Ausführungen auf der Hand. Ein weiteres Eingehen darauf erübrigt sich demnach an dieser Stelle.

§ 12.

Eingehender und der reichsgerichtlichen Auffassung ähnlicher, wenn auch im Endergebnis von dieser abweichend, äußert sich Nissen zur Sache. Bei ihm greift auch wieder die so oft betonte Unklarheit über den Einredebegriff Platz, sowie die auch beim RG. angetroffene Inkonsequenz in den sich ergebenden Schlußfolgerungen. Nissen geht von der durchaus zutreffenden Betrachtung aus, daß die sogenannten Gewährsmängelansprüche in er er Reihe eben wirkliche Ansprüche des Käufers aus dem Kaufe darstellen, die dem Bürgen deswegen, weil er nicht selbst zu den Kontrahenten des Kaufs gehört, verschlossen sind. Diese Ansprüche, so fährt er — nunmehr in den oben erwähnten Fehler verfallend — fort, erzeugten zwar auch „Einreden"; diese seien indessen nur eine besondere Betätigung jener Ansprüche und könnten mithin nur derjenigen Person zustehen, die die Ansprüche selbst erheben könne. § 768 könne um deswillen nicht Platz greifen, weil es sich in diesem Falle nicht um eine selbständige Einrede, sondern um einen Anspruch handele, der, um sich hier durchzusetzen, nur nach außen als Einrede auftrete. Er versagt demnach dem Bürgen die Geltendmachung der Rechte des Käufers aus § 462.

Es brauchte auch soweit nicht als ausgeschlossen zu erscheinen, daß er dabei vielleicht von dem Gefühl für das

Richtige geleitet wird, namentlich, wenn man in Betracht zieht, daß er den Charakter der von ihm sogenannten „Einrede“ als Anspruch, also als Angriffsmittel gegen das gegnerische Recht nicht verkennt. Es wäre damit die Möglichkeit gegeben, daß er das Wesen der prozessualen Einrede erkannt und nur ihre Wesensbezeichnung nicht angewandt hat.

Diese Annahme wird indessen zerstört durch seine weiteren Ausführungen zu der — wirklich materiellrechtlichen — Einrede aus § 478. Denn auch diese stellt er auf dieselbe Stufe, wie die von ihm vorher konstruierten Einreden, indem er erklärt, „daß in ihr lediglich der in der Art seiner Realisierung allerdings beschränkte Gewährleistungsanspruch zur Geltung komme“, und indem er auch sie dem Bürgen versagt.

Es geht daraus hervor, daß er den Unterschied zwischen der dem Wandelungs- und Minderungsanspruch entspringenden prozeßrechtlichen Einrede und der im § 478 gegebenen materiellrechtlichen Einrede nicht berücksichtigt, daß er vielmehr beide als gleichwertig und beide als zugehörig zu den im § 768 genannten Einreden ansieht, und daß er — ebenso wie es das RG. hinsichtlich der von ihm konstruierten „Wandelungseinrede“ tut — nicht die richtige Schlußfolgerung aus dem einmal begangenen Fehler zieht, indem er, ohne im Gesetz einen Stützpunkt dafür zu haben, die von ihm als solche anerkannten Einreden des Hauptschuldners trotz des § 768 auf den Bürgen nicht übergehen lassen will.

Auch auf diesen Standpunkt braucht mit Rücksicht auf unsere frühere ausführliche Stellungnahme zu den darin liegenden Fehlern nicht mehr des näheren eingegangen zu werden.

§ 13.

Im Gegensatze zu Nissen erkennt Crome, auf dessen Ansicht sich das RG. endlich auch noch beruft, durchaus an, daß aus dem Wandelungs- und Minderungsanspruch des Käufers sich keine Einreden im materiellen Sinne für ihn ergeben, die etwa auf den Bürgen übergehen könnten. Er verfällt auch nicht in den Irrtum Dernburgs, auf diesen Anspruch des Käufers als Hauptschuldners besondere Einreden nach Analogie der im § 770 auf Grund der Anfechtungsberechtigung gewährten Einrede gründen zu wollen.

Vielmehr ist er sich darüber klar, daß „das Recht, Wandelung oder Minderung zu verlangen, das nach § 478 auch als Einrede vorkommt“, nur in dieser Form für den Bürgen in Betracht gezogen werden kann.

Er vertritt somit auch die von uns aufgestellte Behauptung, daß von einer wirklichen Wandelungs- und Minderungseinrede im Sinne des BGB. nur im Falle des § 478 die Rede sein kann. Wenn das RG. Cromes Ausführungen zur Begründung seiner Entscheidung ins Feld führt, so übersieht es diese grundsätzliche Abweichung von seiner eigenen Auffassung hiervon vollkommen, und zieht lediglich in Betracht, daß er von den durch § 478 dem Käufer gewährten Einreden nur die Minderungseinrede auch

dem Bürgen zugestehen, ihm dagegen die Wandelungseinrede versagen will. Dies tut er mit der Begründung, „daß es dem Wesen der Bürgschaft widerspreche, die Hauptschuld, statt sie zu stützen und zu befestigen, durch willkürlichen Eingriff an Stelle des Hauptschuldners aufzuheben".

Demgegenüber muß indessen daran festgehalten werden, daß durch § 768 dem Bürgen grundsätzlich alle Einreden des Hauptschuldners zugestanden werden ohne irgendwelche Rücksicht auf ihren Umfang und ihre Wirkung, und daß der Gesetzgeber, wenn er die Geltendmachung einer im Gesetze bestehenden Einrede durch den Bürgen für unzweckmäßig ansah, die Übertragung dieser Einrede auf ihn hätte ausdrücklich ausschließen müssen, wie er es ja tatsächlich bei der Einrede der beschränkten Erbenhaftung in § 768 Abs. 1 Satz 2 getan hat.

Da die Einreden des § 478 wirklich Einreden im Sinne des BGB. sind, somit zu den nach § 768 auf den Bürgen übergehenden Einreden gehören, und da ihre Übertragung auf ihn nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, so erscheint es schlechterdings nicht angängig, eine von ihnen dem Bürgen abzusprechen, genau genommen nur aus dem Grunde, weil ihre Gewährung unzweckmäßig erscheint.

Es ist freilich ein Haupterfordernis des Rechtes, daß es den allgemeinen Anschauungen über Billigkeit und Folgerichtigkeit entspricht. Steht eine Bestimmung des Gesetzes hierzu in Widerspruch, so muß sie abgeändert werden; verfehlt aber wäre es, dem Gesetze Gewalt anzutun, indem man seine weitgehenden Bestimmungen willkürlich eindämmt, um

auf diese Weise zu einem „befriedigenden Ergebnis" zu gelangen. Die Abneigung dagegen, das Gesetz abzuändern, die zweifellos einer gewissen Ehrfurcht vor seiner Autorität entspringt, kann dann leicht den Anlaß dazu bieten, seine Autorität zu schwächen, indem sie dazu verführt, in einem solchen Falle sich leichthin über seine Bestimmungen hinwegzusetzen.

Fordert dergestalt Crome in dieser Hinsicht unsern Widerspruch heraus, so ist ihm doch rückhaltlos darin beizustimmen, wie er der Herleitung einer materiellrechtlichen Einrede aus dem Wandelungs- und Minderungsanspruch entgegentritt.

Bereits in seiner allgemeinen Besprechung der Einreden des materiellen Rechts[1]) deutet er die Beziehungen an, die zwischen dem Anspruch aus § 462 und der Einrede aus § 478 bestehen, indem er ausführt, daß es die Eigenschaft verschiedener subjektiver Rechte und Ansprüche sei, nach Ablauf des Rechts oder Verjährung des Anspruchs noch weiterhin als bloße Einrede zu wirken, also als Gegenrecht zum Zwecke der Hemmung anderer Ansprüche.

Dagegen weist er die Vorstellung zurück[2]), „als habe ein Einspruch, den man bloß zur Verteidigung gegen andere Ansprüche geltend macht, damit auch den Charakter einer Einrede." Nicht auf die „zufällige Art der Vorschützung" — gemeint ist die prozessuale Gewandung, wie wir es oben

---

[1]) Crome a. a. O. Bd. 1 S. 185.

[2]) a. a. O. S. 189.

genannt haben —, „sondern auf die typische Art des Rechts (auf die Möglichkeit seiner Geltendmachung) kommt es an."

Dem entspricht es auch, wenn er ausdrücklich[1]) vor einer Verwechselung der in § 478 gegebenen Einrede „mit den Fällen der verteidigungsweisen Einwendung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers gegen das Verlangen des Letzteren auf Zahlung des Preises oder Abnahme der Ware" warnt.

Hierin liegt eine vollkommene Bestätigung unserer Ausführungen zu diesem Punkte, und eine deutliche Absage an alle, die ein gleichzeitiges Nebeneinanderbestehen des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung und einer entsprechenden materiellrechtlichen Einrede konstruieren wollen.

§ 14.

Von Vertretern dieser Ansicht sind außer den bereits im Vorangegangenen Behandelten noch Staudinger, Planck und Friedenthal zu erwähnen.

Staudinger[2]) geht ohne Weiteres davon aus, daß dem Käufer „auf Grund seines Rechtes zur Wandelung oder Minderung" auch entsprechende Einreden zustehen und behandelt die von uns als einzige wirkliche Wandelungs- und Minderungseinrede betrachtete Einrede des § 478 lediglich als eine Unterart derselben. Es muß wenigstens

[1]) a. a. O. Bd. 2, 1 S. 475. Anm. 17 zu § 223.

[2]) Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 2, 1 S. 560, Bd. 2, 2 S. 1254.

als folgerichtig anerkannt werden, daß er sie alle in vollem Umfange auf den Bürgen übergehen lassen will, indem er diesem das Recht gibt, die Befriedigung des Gläubigers insoweit zu verweigern, als der Hauptschuldner danach berechtigt wäre, die Zahlung des Kaufpreises abzulehnen.

Im Gegensatze zu Staudinger, der das Vorhandensein einer materiellrechtlichen Wandelungs- und Minderungseinrede auch schon vor Vollendung der Verjährung des Anspruchs des Käufers aus § 462 als selbstverständlich betrachtet, sucht Planck[1]) dieses erst aus § 478 zu begründen. Nach seiner Ansicht setzt diese Bestimmung, die dem Käufer die Befugnis, die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde, „auch nach Vollendung der Verjährung" der entsprechenden Ansprüche zubilligt, als selbstverständlich voraus, daß dem Käufer dieselbe Befugnis vor der Vollendung der Verjährung zustehe.

Diese Ansicht teilt, wie bereits weiter oben hervorgehoben worden ist, auch Friedenthal. Während dieser aber das Leistungsverweigerungsrecht für die Zeit vor Vollendung der Anspruchsverjährung aus § 478 selbst herleitet, diese Bestimmung also als konstitutiv hierfür betrachtet, will sie Planck lediglich als deklaratorisch verstanden wissen, indem er aus ihrem Wortlaute folgert, „daß die in ihr zum Ausdruck gelangte Befugnis, d. h. die Einrede der Wandelung oder der Minderung, bis zur Ver-

[1]) Planck, BGB. Anm. 2 zu § 478.

jährung des entsprechenden Anspruchs auf diesem beruht, sowie weiter, daß der Anspruch auf Wandelung oder Minderung seiner Natur nach geeignet sein muß, dem Anspruche des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises einredeweise entgegengesetzt zu werden."

Auch diese Beiden verfahren in ihrer Art folgerichtig, indem sie auf Grund der dem Käufer nach ihrer Ansicht von vornherein zustehenden Wandelungs- und Minderungseinrede auch dem Kaufpreisbürgen das Recht einräumen, die Zahlung des Kaufpreises nach Maßgabe des § 478 zu verweigern.

Auf die Auslegung des Wortlauts des § 478 in der von ihnen beregten Richtung ist bereits so ausführlich eingegangen worden, daß eine nochmalige Auseinandersetzung mit diesen Ansichten hier nicht mehr erforderlich erscheint.

§ 15.

Ein kurzer Rückblick auf die im Vorangegangenen in ihren Einzelheiten dargestellten Ansichten möge noch einmal den Standpunkt der bisherigen Literatur vor Augen führen.

Das Reichsgericht, sowie Nissen, Staudinger und Planck leiten aus dem Wandelungs- und Minderungsanspruche des Käufers aus § 462 Einreden im Sinne des materiellen Rechts her.

Friedenthal und Crome erkennen solche nur aus § 478 herstammend an; der Erstere auch für die Zeit vor Vollendung der Verjährung des Anspruchs aus § 462, Crome nur für die Zeit nach dieser.

Dernburg endlich begründet auf den Anspruch auf Preisminderung aus § 462 eine selbständige Einrede nach Analogie der im § 770 hinsichtlich der Anfechtungsbefugnis des Hauptschuldners und der Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers gegebenen Einreden.

Nehmen somit das Reichsgericht, Nissen, Staudinger, Planck und Friedenthal an, daß dem Käufer von vornherein die Wandelungs- und die Minderungseinrede zusteht, so werden beide gleichwohl nur von Staudinger, Planck und Friedenthal auch dem Bürgen zugestanden, während Nissen diesem beide versagt, und das Reichsgericht ihm nur die von ihm konstruierte Minderungseinrede gewähren will.

Ebenso spricht auch Crome von den im § 478 dem Käufer gegebenen Einreden, die er allein als Wandelungs- und Minderungseinrede anerkennt, nur die letztere auch dem Bürgen zu.

Das Reichsgericht und Crome gelangen auf diese Weise zu einem der Ansicht Dernburgs ähnlichen Ergebnisse.

§ 16.

Gelegentlich der Darstellung aller dieser Ansichten im einzelnen sind bereits ihre Vorzüge und Irrtümer von dem hier vertretenen Standpunkt aus unter Berufung auf die Ausführungen der vorangegangenen Teile der Abhandlung beleuchtet worden. Es dürfte daher an dieser Stelle genügen,

wenn der vorstehenden Zusammenstellung gegenüber noch einmal im allgemeinen die uns leitenden Gesichtspunkte kurz aufgeführt werden.

Es erscheint zunächst irrig, aus dem Wandelungs- und Minderungsanspruche des § 462 Einreden im materiellrechtlichen Sinne herzuleiten.

Eine wirkliche Wandelungs- und Minderungseinrede — im Sinne des BGB. — gewährt vielmehr nur § 478.

Es erscheint auch irrig, diese wirkliche Einrede auch auf die Zeit vor Vollendung der Verjährung beziehen zu wollen.

Es erscheint ferner irrig, Einreden, die dem Hauptschuldner zustehen, und deren Übergang auf den Bürgen nicht ausdrücklich durch das Gesetz ausgeschlossen ist, dem Bürgen zu versagen.

Es erscheint endlich irrig, auf Tatbestände, die das Gesetz nicht berücksichtigt, Befugnisse gründen zu wollen, die das Gesetz aus ähnlichen Tatbeständen ausnahmsweise erwachsen läßt.

Auf Grund dieser Leitsätze gelangen wir nunmehr zu folgendem:

Ergebnis:

Von den Rechten, die dem Käufer hinsichtlich der Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängeln der Sache gegeben sind, kommen für den Kaufpreisbürgen nur die im § 478 BGB. festgesetzten Einreden in Betracht.

Diese gehen in vollem Umfange auf ihn über, dergestalt, daß er unter den in der genannten Bestimmung aufgestellten Voraussetzungen, und nachdem die Verjährung der Ansprüche auf Wandelung und Minderung vollendet ist, die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung insoweit zu verweigern berechtigt ist, als der Käufer auf Grund der Wandelung oder der Minderung — wenn diese selbst noch möglich wären — von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises befreit wäre.

Schlußwort.

§ 17.

Es muß ohne weiteres zugestanden werden, daß dieses Ergebnis durchaus unbefriedigend ist und dem richtigen Rechtsgefühle widerspricht; denn tatsächlich kann danach einmal „der Bürge aus dem Wandelungs- und Minderungsanspruche des Hauptschuldners erst dann Rechte herleiten, wenn diese Ansprüche verjährt sind“[1]), andererseits ist ihm durch Gewährung der Wandelungseinrede aus § 478 für diese Zeit die Macht gegeben, die seiner Verpflichtung zugrunde liegende Hauptverpflichtung, und damit die erstere selbst, völlig aus der Welt zu schaffen.

Auf der anderen Seite aber muß daran festgehalten werden, daß ein anderes Ergebnis bei den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nur dadurch erzielt werden kann, daß entweder diesen selbst oder feststehenden wissenschaftlichen Begriffen Gewalt angetan wird.

Daraus folgt von selbst, daß die Schuld an dem unbefriedigenden Ergebnis im Gesetze selbst zu suchen ist. Worin sie begründet ist, ist nach unseren Untersuchungen unschwer zu sagen:

[1]) Friedenthal in Jur. Wochenschr. 1908, S. 133.

Es fehlt im Gesetz an einer positiven Regelung der Frage, inwieweit der Bürge zur selbständigen Geltendmachung der Rechte des Käufers zur Wandelung und Minderung befugt sein soll, da lediglich bei Anwendung der jetzt vorhandenen allgemeinen Bestimmungen des Bürgschaftsrechts eben jenes unbefriedigende Resultat gezeitigt wird.

Hierzu seien noch kurz die Gesichtspunkte angegeben, nach denen eine positive Regelung dieser Frage vorzunehmen wäre.

Der Ansicht Cromes, daß es dem Wesen der Bürgschaft widerspreche, wenn der Bürge befugt sein soll, die Hauptschuld durch willkürlichen Eingriff aufzuheben, ist de lege ferenda durchaus beizupflichten; dementsprechend müßte dem Bürgen die Möglichkeit genommen werden, die Wandelung, d. h. die Rückgängigmachung des Kaufes, herbeizuführen. Die Durchsetzung des Anspruches auf Wandelung aus § 462 ist ihm schon jetzt deshalb versagt, weil dieser im Bürgschaftsrecht überhaupt nicht erwähnt ist. Dieser Fall bedarf daher keiner besonderen Regelung im Gesetze mehr.

Dagegen erscheint es notwendig, daß ihm durch besondere Bestimmung, wie sie bezüglich der Einrede der beschränkten Erbenhaftung im § 768 Abs. 1 Satz 2 bereits besteht, auch die Geltendmachung der Wandelungseinrede aus § 478, die ihm jetzt noch zusteht, genommen werde. Denn durch ihre Geltendmachung ist er tatsächlich — wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur in der Zeit nach Vollendung der Verjährung des Anspruchs

aus § 462 — in den Stand gesetzt, einen Zustand herbeizuführen, der der Durchführung des Wandelungsanspruches gleichkommt.

Die Bedenken, die gegen die selbständige Geltendmachung irgend eines Rechtes zur Wandelung seitens des Bürgen obwalten, liegen indessen bezüglich der Minderung nicht vor. Durch Herbeiführung der Herabsetzung des Kaufpreises bringt der Bürge nicht, wie es bei der Herbeiführung der Rückgängigmachung des ganzen Kaufes der Fall wäre, die Hauptverpflichtung und damit seine eigene Verpflichtung ihrem Bestande nach zu Fall, sondern er beschränkt nur ihren Umfang.

Wenn ihm diese Möglichkeit, und zwar von vornherein unbeschränkt, gegeben ist, so widerspricht dies nicht, wie es ein Recht zur Wandelung täte, dem Wesen der Bürgschaft, vielmehr erscheint es vom Standpunkte der Billigkeit aus geboten, ihm diesen Einfluß auf die Hauptverpflichtung einzuräumen. Von diesen Erwägungen gehen auch die oben besprochenen Autoren aus, die bereits nach den augenblicklichen gesetzlichen Bestimmungen dem Bürgen die Geltendmachung von Wandelungsrechten jeder Art versagen, die der Minderungseinrede — meistens freilich in objektiv falscher Form — zugestehen wollen.

Bisher steht dem Bürgen nach unserer Ansicht nur die Minderungseinrede nach Vollendung der Verjährung des Minderungsanspruchs zu, dagegen fehlt ihm ein entsprechender Rechtsbehelf vor dieser Zeit, der naturgemäß in erster Linie für ihn von Bedeutung wäre. Es genügte,

wenn die ihm schon jetzt gewährte Minderungseinrede nach Maßgabe des § 478 ihm von vornherein gegeben würde; die Einkleidung dieses Rechts in die Form des Anspruchs wäre für ihn nicht nötig.

Danach muß gefordert werden, daß eine besondere Bestimmung dem Gesetz eingefügt werde — am besten als Ergänzung des § 770 —, wonach dem Bürgen, der sich für Bezahlung des Kaufpreises verbürgt hat, das Recht zugesprochen wird, seine Leistung insoweit zu verweigern, als der Hauptschuldner durch Geltendmachung seiner Rechte zur Minderung eine Herabsetzung des Kaufpreises herbeiführen könnte.

Durch die Einfügung der hier vorgeschlagenen beiden Bestimmungen würde jeder Streit über unsere Frage beseitigt und ein erträglicher Rechtszustand geschaffen werden.

Lebenslauf.

Ich, Viktor Chaffak, bin am 6. Januar 1884 zu Breslau als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Caesar Chaffak und seiner Ehefrau Meta, geb. Grosser, geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das Gymnasium zu St. Maria Magdalena zu Breslau und das Königl. Gymnasium zu Bunzlau, welch letzteres ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Nachdem ich meiner Dienstpflicht genügt hatte, bezog ich die Universität Heidelberg von Ostern 1904 bis ebenda 1906, dann die Universität Breslau bis Ostern 1907 zum Studium der Rechtswissenschaften.

Im Juni 1907 bestand ich vor der Königl. Prüfungskommission zu Breslau das Referendarexamen, und bald darauf vor der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau das Rigorosum.

Meine Ausbildung im Justizdienste habe ich bisher in Marklissa O.-L. und in Breslau erhalten, zur Zeit absolviere ich die Anwaltsstation in Berlin.